

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://repository.ubn.ru.nl/handle/2066/127215>

Please be advised that this information was generated on 2017-03-10 and may be subject to change.

Usucapio a domino en actio Publiciana naar Romeins en Nederlands recht

Inleiding

Het vóór-Justiniaanse Romeinse recht kende twee vormen van *usucapio*, verkrijgende verjaring. *Usucapio a non domino* beschermde onder voorwaarden tegen beschikkingsonbevoegdheid van de *tradens*.¹ *Usucapio a domino* beschermde tegen een leveringsgebrek. De verkrijger had het bezit van de zaak wel van een beschikkingsbevoegde (*a domino*) verkregen, maar was geen eigenaar geworden omdat de levering was mislukt. Dergelijke gevallen deden zich voor wanneer een *res Mancipi* niet op de vereiste wijze, door *mancipatio*, was geleverd, maar door bezitsverschaffing (*traditio*).² De verkrijger kwam dan in een wat merkwaardige positie. Hij was geen eigenaar, maar eigenaar-in-wording. De *usucapiens a domino* werd door de *praetor* op procesrechtelijke wijze in de positie van eigenaar gebracht. Aan die positie kwam een eind als de *usucapiens a domino* gedurende de verjaringstermijn in het bezit van de zaak bleef. Hij werd dan eigenaar en had geen behoefte meer aan de bescherming die de *praetor* hem bood. Justinianus heeft aan de in zijn ogen verwarrende status van de *usucapiens a domino* een einde gemaakt door de vormvereisten van de *mancipatio* af te schaffen. Zo verdween de *usucapio a domino* uit het recht. De *usucapio a domino* heeft echter een come back gemaakt. In het huidige recht speelt de figuur een (beperkte) rol bij de overdracht van een registergoed die mislukt vanwege een leveringsgebrek. Wanneer de levering van een registergoed buiten de schuld van partijen om mislukt en zij ten aanzien van de gebrekkige levering te goeder trouw zijn, is de verkrijger verjaringsbezitter *a domino*. Na tien jaar groeit dit verjaringsbezit tot eigendom.³ Wat is de positie van de moderne verjaringsbezitter *a domino*? Heeft hij in navolging van het vóór-Justiniaanse Romeinse recht een goederenrechtelijke positie? Of is zijn positie enkel in verbintenissenrechtelijke termen te omschrijven? In dit opstel worden de Nederlandse verjaringsbezitter *a domino* en de bescherming die hem geboden wordt vergeleken met de *usucapiens a domino* en de bescherming die de *praetor* hem gaf. Door deze vergelijking wordt duidelijk dat het lastig, zo niet onmogelijk is een oplossing te vinden voor de vragen die de figuur van de *usucapio a domino* met zich brengt. Het zou dan ook beter zijn deze figuur af te schaffen.

¹ Uitgebreid onder aan deze pagina en verder.

² Uitgebreid hieronder op de volgende pagina.

³ Art. 3:99 lid 1. Daarover hieronder onder Nederlands recht.

Romeins recht⁴

Usucapio a non domino en usucapio a domino

Usucapio a non domino beschermt tegen beschikkingsonbevoegdheid, *usucapio a domino* beschermt tegen een leveringsgebrek. *Usucapio a non domino* biedt bescherming wanneer eigendomsoverdracht door *traditio* is mislukt als gevolg van beschikkingsonbevoegdheid van de *tradens*. De *accipiens* die ten tijde van bezitsverkrijging te goeder trouw is ten aanzien van de beschikkingsonbevoegdheid⁵ en het bezit van de niet gestolen zaak⁶ verschaft krijgt op grond van een translatieve titel⁷ is verjaringsbezitter. Na één (roerende zaken) of twee jaar (onroerende zaken) onafgebroken verjaringsbezit wordt hij eigenaar.⁸

Usucapio repareerde niet alleen een *traditio* die mislukt was als gevolg van beschikkingsonbevoegdheid van de *tradens*, maar ook een wegens een leveringsgebrek mislukte *mancipatio*. *Res Mancipi* werden niet door *traditio*, maar door *mancipatio* in eigendom overgedragen. *Mancipatio* was een wijze van eigendomsoverdracht die met vormvereisten was omkleed. Vervreemder en verkrijger dienden in het bijzijn van ten minste vijf mondiges getuigen en een in lendendoek gehulde *libripens* in het bijzijn van de zaak bijeen te komen. De verkrijger moest de over te dragen zaak met een klompje brons bekloppen en formeel stellen dat hij eigenaar van deze zaak was.⁹ Deze formele leveringswijze was tijdrovend en onpraktisch. Steeds vaker werd een *res Mancipi* als een *res nec Mancipi* behandeld zodat de levering door bezitsverschaffing en niet door *mancipatio* kon geschieden. Uiteraard ging de eigendom van de *res Mancipi* als gevolg van deze *traditio* niet over. Daarvoor was levering door *mancipatio* vereist. *Usucapio*

⁴ Literatuur onder andere G.H. Potjewijd, Beschikkingsbevoegdheid, bekrachtiging en convalescentie. Een romanistische studie, Deventer, 1998, F.B.J. Wubbe, Res aliena pignori data, De verpanding van andermans zaak in het klassieke Romeinse recht, Leiden, 1960, J.H.A. Lokin, Prota vermogensrechtelijke leerstukken aan de hand van Romeinsrechtelijke teksten, 8^e druk, Groningen 2008, M. Kaser, Das Römische Privatrecht, I, Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, München, 1971.

⁵ D. 50,16,109. *Bona fides* was alleen op het ogenblik van bezitsverkrijging vereist, later opkomende kwade trouw schaadde niet, vgl. D. 41,1,48. M. Kaser, *RP*, p. 423.

⁶ De Wet van de XII Tafelen sloot gestolen zaken uit van de voorganger van de *usucapio*, de *usus auctoritas* regel, vgl. Tabula, 8,17, Gaius, *Instituten* II, 45, D.41,3,3pr. Zie ook M. Kaser, *RP*, p. 137.

⁷ De teksten geven geen duidelijk antwoord op de vraag of voor *usucapio* een objectief geldige titel vereist is, of dat ook een vermeende titel volstaat. Celsus eist een objectief geldige titel, D.41,3,27. Hij keert zich tegen de opvatting dat ook een vermeende titel volstaat. Dit verdedigt bijvoorbeeld Iulianus, vgl. D. 41,4,11. Over deze vraag, T. Mayer-Maly, *Das Putativtitelproblem bei der usucapio*, Graz/Köln, 1962. M. Kaser, *RP*, 421 noot 20, A. Ehrhardt, *Justa causa traditionis*, Berlin/Leipzig, 1930, p. 26 e.v., J.C. Van Oven, *Leerboek*, p. 86-87, H. Dernburg, *Pandekten, I, Allgemeiner Theil und Sachenrecht*, Berlin 1896, p. 457 e.v.

⁸ Gaius, *Instituten*, II, 44.

⁹ Gaius, *Instituten*, I, 119-121, M. Kaser, *RP*, p. 41-46.

maakte ook degene aan wie een *res Mancipi* was getradeerd uiteindelijk eigenaar.¹⁰ Omdat deze vorm van verjaring niet tegen beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder beschermt, wordt zij wel *usucapio a domino* genoemd. Uiteindelijk wordt door de vingers gezien dat partijen de vormen voor *traditio* volgden en niet die voor *mancipatio*. De bescherming tegen het leveringsgebrek werd daarom alleen geboden wanneer aan de eisen voor eigendomsverkrijging door *traditio* werd voldaan.¹¹ Voor *usucapio a domino* was vereist dat het bezit verschaft was op grond van een translatieve titel door een beschikkingsbevoegde. Men stelde bij de *usucapio a domino* niet de eis dat de verkrijger te goeder trouw moest zijn. Als men dit wel had gedaan zou de *usucapio a domino* niet hebben bestaan. Wanneer *bona fides* vereist was zou geëist worden dat de verkrijger dacht en mocht denken dat eigendom van een *res Mancipi* door *traditio* wordt overgedragen. Een dergelijke vorm van goede trouw houdt een beroep op rechtsdwaling in. Omdat rechtsdwaling niet wordt gehonoreerd zou de *usucapio a domino* door het stellen van de eis van goede trouw onmogelijk worden gemaakt. De eis werd dus niet gesteld.¹² Evenals de *usucapiens a non domino* verkrijgt de *usucapiens a domino* de eigendom na een onafgebroken bezit van één jaar (roerende zaken) of twee jaar (onroerende zaken).

Actio Publiciana

Verjaringsbezitters verkeerden in een overgangspositie. Zij waren bezig eigenaar te worden. Tot die tijd ontbrak het verjaringsbezitters aan een zakelijke rechtsovereenkomst als de revindicatie. De positie van verjaringsbezitters was evenals die van iedere bezitter door bezitsacties gewaarborgd. De bescherming die het bezit bood was geregeld in een zogenoemde interdictenprocedure. De bescherming was tijdgebonden. In een bezitsproces dat over een onroerende zaak werd gevoerd beschermde de praetor degene die ten tijde van het aanvragen van de procedure bezitter van de zaak was.¹³ De gewezen bezitter van een roerende zaak verloor de mogelijkheid het bezit van de zaak op te eisen wanneer hij in het jaar voorafgaand aan de bezitsprocedure korter in het bezit van de zaak was geweest dan de bezitter.¹⁴ Met name voor verjaringsbezitters van roerende zaken zal deze bescherming tekort hebben geschoten.¹⁵ Wanneer een gewezen verjaringsbezitter zijn zaak na zeven maanden opspoorde was hij machteloos. Een *praetor Publicius* heeft de positie van verjaringsbezitters verbeterd door hen te beschermen met een speciale

¹⁰ Gaius, *Instituten* II, 41, G.H. Potjewijd, *Beschikkingsbevoegdheid, bekrachtiging en convalescentie*, p. 20, p. 30, J.H.A. Lokin, *Prota*, p. 156.

¹¹ H.J. Scheltema, *Mr H.J. Scheltema's Inleiding tot het Romeinse recht*, Groningen 1986, p. 150.

¹² Vgl. D. 22,6,6,4, J.H.A. Lokin, *Prota*, p. 162.

¹³ J.H.A. Lokin, *Prota*, p. 137.

¹⁴ D. 50,16,156.

¹⁵ J.H.A. Lokin, *Prota*, p. 165.

rechtsovereenkomst, de *actio Publiciana*.¹⁶ In de *formula* van de *actio Publiciana* werd aangenomen dat de verjaringsbezitter de verjaring had volgemaakt.¹⁷ Als gevolg van de fictie dat de verjaringsbezitter de verjaring had volgemaakt was de verjaringsbezitter eigenaar. De *actio Publiciana* functioneerde daarom op dezelfde wijze als de revindicatie:

In het geval van de *actio Publiciana* zal alles van toepassing zijn, wat wij ook bij de *rei vindicatio* hebben gezegd.¹⁸

Usucapio a non domino

De *actio Publiciana* beschermde de *usucapiens a non domino* niet tegen de eigenaar in wiens nadeel de verkrijgende verjaring werkte. De *actio Publiciana* was erop gericht de *usucapiens a non domino* ten opzichte van derden in een zo sterk mogelijke positie te brengen. De positie van de eigenaar bleef onaangetast.

Paulus noteert: de exceptie van de eigendom naar *ius civile* moet worden tegengeworpen aan de Publiciaanse actie.

De Publiciaanse actie is niet gecreëerd met de bedoeling de zaak aan de eigenaar te ontnemen –een argument daarvoor is in de eerste plaats de billijkheid en vervolgens de exceptie ‘indien de zaak niet van de bezitter is’- maar hierom, dat hij die te goeder trouw heeft gekocht en op grond daarvan bezit heeft verkregen, een sterkere (positie ten aanzien van de) zaak heeft.¹⁹

Wanneer de eigenaar door een toeval weer in het bezit van zijn zaak was gekomen kon de eigenaar de *actio Publiciana* van de gewezen *usucapiens a non domino* door middel van de *exceptio iusti dominii* afweren. Omgekeerd zal gegolden hebben dat de eigenaar het bezit van de zaak onder de *usucapiens a non domino* op kon eisen door de revindicatie in te stellen. De *usucapiens a non domino* kon weliswaar een zakelijke rechtsovereenkomst instellen, de bescherming die deze rechtsovereenkomst hem bood was niet volstrekt absoluut. Bovendien genoten opvolgers onder bijzondere titel dezelfde bescherming slechts wanneer zij zelf voldeden aan de verjaringseisen. Was de opvolger onder bijzondere titel

¹⁶ Volgens M. Kaser, *RP*, p. 438 gaat het om de praetor Q. Publicius die in 67 voor Christus praetor was.

¹⁷ Gaius, *Instituten* 4,36. J.H.A. Lokin, *Prota*, p. 166.

¹⁸ D 6,2,7,8 *In Publiciana actione omnia eadem erunt quae et in rei vindicatione diximus*. De vertaling van deze en de volgende Digestenteksten ontleen ik aan J.E. Spruit c.s. Vgl. over deze Digestentekst M. Kaser, *RP*, p. 439, W.J. Zwolve, *Hoofdstukken uit de geschiedenis van het Europese privaatrecht, I. Inleiding en zakenrecht*, Den Haag 2006, 3^e druk, p. 104-105.

¹⁹ D. 6,2,16-17 *PAULUS notat: Exceptio iusti dominii Publicianae obicienda est. Publiciana actio non ideo comparata est, ut res domino auferatur: eiusque rei argumentum est primo aequitas, deinde exceptio ‘si es res possessoris non sit’: sed ut is qui bona fide emit possessionemque eius ex ea causa nactus est, potius rem habeat.*

USUCAPIO A DOMINO EN ACTIO PUBLICIANA

van de *usucapiens a non domino* bijvoorbeeld te kwader trouw dan werd hij niet door de *actio Publiciana* beschermd.

Als u een zaak die u bezig was ‘als koper’ door verjaring te verkrijgen, aan mij hebt verkocht, terwijl ik wist dat de zaak van een ander was, zal ik haar niet door verjaring verkrijgen.²⁰

De *usucapiens a non domino* had om deze redenen modern gezegd geen zakelijk recht.²¹ Wanneer hij een zakelijk recht had zou de bescherming die dat recht hem biedt over moeten gaan wanneer het bezit van de zaak waarop het recht rust op grond van een translatieve titel aan de verkrijger is verschaft. De bescherming die de *actio Publiciana* de verkrijger biedt is afhankelijk van de goede trouw van de verkrijger. Er kan dus geen sprake zijn van een zakelijk recht.

Usucapio a domino

De bescherming die de praetor de *usucapiens a domino* bood is het best te begrijpen wanneer we als uitgangspunt nemen de *traditio* van een *res Mancipi* ter uitvoering van een koopovereenkomst. Een voorbeeld:

A verkoopt zijn paard (*res Mancipi*) aan B. A verschaft het bezit van het paard aan B. De vereiste *mancipatio* blijft achterwege.

De *actio Publiciana* beschermt B in dergelijke gevallen niet alleen tegen derden, maar ook tegen eigenaar A. Wanneer A het paard door de revindicatie in te stellen van B opeist beschermt de praetor B door middel van het verweermiddel van de verkochte en geleverde zaak, *exceptio rei venditae et traditae*. De bescherming die de praetor tegen de eigenaar biedt ligt voor de hand. A is als verkoper van het paard verplicht het ongestoorde bezit van het paard aan B te verschaffen.²² Als A het paard van B opeist zal A het op grond van de koopovereenkomst direct weer terug aan B moeten geven. A handelt volgens D.50,17,173,3 onbehoorlijk:

Hij die opeist wat hij weer terug zal moeten geven handelt onbehoorlijk.²³

²⁰ D. 41,4,2,17. *Si eam rem, quam pro emptore usucapiebas, scienti mihi alienam esse vendideris, non capiam usu.*

²¹ G.H. Potjewijd, *Beschikkingsbevoegdheid, bekrachtiging en convalescentie*, p. 55. Ik wil er op wijzen dat het enigszins anachronistisch is om het onderscheid in absolute en relatieve rechten op het Romeinse recht toe te passen. Romeinse juristen dachten veel meer in rechtsvorderingen (acties), dan in rechten.

²² Zie bijvoorbeeld D. 18,1,25,1 en D. 19,4,1pr.

²³ D. 50,17,173,3. *Dolo facit, qui petit quod redditurus est.* G.H. Potjewijd, *Beschikkingsbevoegdheid, bekrachtiging en convalescentie*, p. 37.

A handelt door het paard als eigenaar op te eisen doleus en daarom verlamt de praetor de revindicatie door de *exceptio rei venditae et traditae*.²⁴ Dezelfde rechtvaardiging ligt ten grondslag aan de bescherming die de praetor de gewezen verjaringsbezitter *a domino* biedt wanneer de zaak door een toeval in het bezit van de eigenaar is geraakt. De eigenaar weert de *actio Publiciana* in een dergelijk geval af met de *exceptio iusti dominii*. De praetor gaf de gewezen *usucapiens a domino* de *replicatio rei venditae et traditae*.²⁵ De eigenaar is als verkoper verplicht de koper het ongestoorde bezit te verschaffen. Hij zal als verkoper het bezit van de zaak aan de koper af moeten staan. Omdat de eigenaar dit als verkoper verplicht is wordt deze verplichting ook in het Publiciaans proces gewaarborgd. Iets soortgelijks geldt voor wat betreft de bescherming die geboden wordt aan degene die het paard koopt van de koper die verjaringsbezitter *a domino* was. Wordt C, die het paard van B koopt, tegen A's revindicatie beschermd? Hermogenianus zegt hierover het volgende:

De exceptie van de verkochte en geleverde zaak zal niet alleen ten goede komen aan degene aan wie de zaak geleverd is, maar ook aan zijn rechtsopvolgers en aan een volgende koper, ook al is de zaak niet aan hem geleverd. De eerste koper heeft er immers belang bij dat de zaak niet onder een tweede koper uitgewonnen wordt.²⁶

De *exceptio rei venditae et traditae* gaat volgens Hermogenianus over op de tweede koper (C) omdat de eerste koper (B) er belang bij heeft dat de zaak niet onder de tweede koper wordt uitgewonnen. Ook hier is de bescherming een gevolg van de verbintenissenrechtelijke verplichtingen die partijen op zich hebben genomen. B is als verkoper verplicht het ongestoorde bezit van het paard aan C te verschaffen. Wanneer het bezit in een (eigendoms)proces gestoord wordt is de verkoper verplicht de koper in dat proces bij te staan. De verkoper moet de koper vrijwaren tegen uitwinning.²⁷ Wanneer A het bezit van het paard van C opeist roept C verkoper B in vrijwaring op. B wordt tegen A door de *exceptio rei venditae et traditae* beschermd. C zou met behulp van zijn voorman het eigendomsproces van B winnen. Het ligt daarom voor de hand de tussenstap van de oproep in vrijwaring van de eerste koper achterwege te laten en de tweede koper

²⁴ Omdat D.50,17,173,3, van onbehoorlijkheid spreekt nemen veel schrijvers aan dat de praetor de koper niet met een aan koop ontleende exceptie maar met de aan onbehoorlijkheid ontleende *exceptio doli* beschermde. G.H. Potjewijd, *Beschikkingsbevoegdheid, bekrachtiging en convalescentie*, p. 33, noot 105. Wat hier van zij, zeker is dat de praetor de koper met een exceptie tegen de revindicatie van de eigenaar beschermt.

²⁵ D. 21,3,2, D. 6,1,72, D. 44,4,4,32. Ook hier geldt dat onduidelijk is of de *replicatio* aan de koop ontleend is, of aan de onbehoorlijkheid van het gedrag van de verkoper. Zie M. Kaser, *RP*, p. 439, noot 12 en de vorige noot.

²⁶ D. 21,3,3,pr,1 *Exceptio rei venditae et traditae non tantum ei cui res tradita est, sed successoribus etiam eius et emptori secundo, etsi res ei non fuerit tradita, proderit: interest enim emptoris primi secundo rem non evinci.*

²⁷ D. 19,1,11,2. Vgl. M. Kaser, *RP*, p. 553-556, J.H.A. Lokin, *Prota.*, p. 283.

de *exceptio rei venditae et traditae* toe te kennen. In de literatuur wordt in dit verband wel gesproken van het ‘uitwinmotief’ of evictiemotief.²⁸ De goederenrechtelijke bescherming die de praetor biedt is steeds een gevolg van de verbintenisrechtelijke verplichtingen die partijen ten aanzien van elkaar zijn aangegaan.²⁹

Uit de tekst van Hermogenianus blijkt dat de bescherming die de praetor aan de *usucapiens a domino* bood verstrekkender was. Hermogenianus stelt immers dat de bescherming die de *usucapiens a domino* krijgt op alle rechtsopvolgers van de *usucapiens a domino* overgaat. Ook wanneer de vervreemder niet tot vrijwaring verplicht is gaat het verweermiddel over op de rechtsopvolger. Wanneer de *usucapiens a domino* het paard bijvoorbeeld schenkt aan een derde is hij niet tot vrijwaring verplicht. De derde profiteert volgens Hermogenianus wél van het verweermiddel omdat de derde rechtsopvolger van de *usucapiens a domino* is. De rechtvaardiging van de bescherming die de praetor aan de *usucapiens a domino* bood kan geen gevolg zijn van verbintenisrechtelijke verplichtingen. De verbintenisrechtelijke verplichtingen die bij de veel voorkomende koopovereenkomst bestaan zijn wellicht *aanleiding* geweest tot de bescherming die de praetor bood.³⁰ Zij waren niet de reden. Waarin is de reden dan wel gelegen? Potjewijd zoekt de reden van het praetorisch ingrijpen in de regel die stelt dat niemand zich in strijd met eerdere gedragingen kan gedragen. Modern gezegd:

‘De tradent had in de ogen van de praetor zijn recht verwerkt om de eigendom tegen de accipient geldend te maken.’³¹

Het doet niet ter zake ter uitvoering van welke overeenkomst de vervreemder de *res Mancipi* heeft getradeerd. Of de vervreemder ten opzichte van de verkrijger verbintenisrechtelijk verplicht is het ongestoorde bezit te verschaffen doet niet ter zake. De vervreemder verliest zijn recht een beroep te doen op zijn eigendomsrecht om het even of hij de *res Mancipi* als bruidsschat, als gift of bijvoorbeeld ter uitvoering van een koop heeft getradeerd.³² Steeds wanneer de vervreemder een *res Mancipi* tradeert vindt rechtsverwerking plaats die praetorisch ingrijpen rechtvaardigt. De praetorische

²⁸ F.B.J. Wubbe, *Res aliena*, p. 43.

²⁹ Door gemeenrechtelijke juristen werd de stelregel opgesteld: *quem de evictione eundem agentem repellit exceptio*. Deze regel is, zoals uit het vervolg blijkt, in zijn algemeenheid onjuist. F.B.J. Wubbe, *Res aliena*, p. 43 noot 82.

³⁰ G.H. Potjewijd, *Beschikkingsbevoegdheid, bekrachtiging en convalescentie*, p. 40.

³¹ G.H. Potjewijd, *Beschikkingsbevoegdheid, bekrachtiging en convalescentie*, p. 39.

³² Uit D. 6,2,12pr blijkt dat de praetor de verkrijger beschermde in geval van gift en bruidsschat. Onzeker is of het edict van de praetor een speciaal op deze gevallen toegesneden *exceptio rei donatae et traditae* of een *exceptio in dotam datae traditae* kende, of dat de praetor de *exceptio doli* ter beschikking stelde. Zie bijvoorbeeld H. Krüger, *Beiträge zur Lehre von der exceptio doli*, Band I, Das Verhältnis der exceptio doli (generalis) zur exceptio rei venditae et traditae und zur exceptio pacti, Halle 1892, p. 6 e.v., M. Kaser, *RP*, p. 439 noot 10.

bescherming komt daarom niet alleen ten goede aan de koper, maar komt bijvoorbeeld ook toe aan degene aan wie een *res Mancipi* geschonken wordt. De praetorische bescherming komt toe aan iedere rechtsopvolger van de vervreemder. De praetorische beschermingsmiddelen gaan evenzo over op alle rechtsopvolgers van de *usucapiens a domino*. De tekst van Hermogenianus is hiermee in overeenstemming. Door aan te nemen dat de *exceptio* overgaat op alle rechtsopvolgers van de *usucapiens a domino* voltooit Hermogenianus de verzakelijking van de positie van de *usucapiens a domino*.³³ De bescherming die de *usucapiens a domino* wordt geboden is volstrekt absoluut en gaat over op rechtsopvolgers wanneer voldaan is aan de voorwaarden die gelden voor overdracht van een recht. De positie van de *usucapio a domino* vertoont daarmee de trekken van een zakelijk recht. In navolging van Theophilus wordt wel gesproken van bonitarische eigendom.³⁴ Deze bonitarische eigendom concurreerde met de eigendom van de vervreemder. De vervreemder bleef gedurende de verjaringstermijn eigenaar. Hij wordt wel de eigenaar naar Quiritisch recht genoemd. In navolging van Gaius wordt in dergelijke gevallen van *duplex dominium*, tweevoudige eigendom, *Doppeleigenthum*³⁵ gesproken:

Voorts bestaat er bij de Romeinse burgers een tweevoudig eigendomsrecht. Want een slaaf wordt iemands eigendom geacht op grond van praetorisch recht of van Quiritisch recht of van beide rechten. Welnu, pas als een slaaf naar praetorisch recht aan zijn meester toebehoort, zeggen wij dat hij onder diens absolute macht staat, ook al behoort hij hem eventueel niet tegelijkertijd naar Quiritisch recht toe. Want wie het bloot Quiritisch recht over een slaaf heeft, wordt geacht geen absolute macht over hem te hebben.³⁶

Aan dat eigendomsrecht naar Quiritisch recht had de vervreemder weinig tot niets. Ook opvolgers van de Quiritisch eigenaar die de *res Mancipi* niet zelf getradeerd hadden en hun recht dus strikt genomen niet verwerkt hadden werden door de praetor buiten spel gezet. De exceptie waarmee het recht van de eigenaar naar Quiritisch recht is verlamd werkt volgens Hermogenianus ook in het nadeel van diens rechtsopvolgers:

³³ H. Krüger, *Beiträge zur Lehre von der exceptio doli*, p. 83, H. Dernburg, *Pandekten I.*, p. 455-456, noot 7.

³⁴ Theophilus, *Parafrase*, 1,5,4.

³⁵ Vgl. M. Kaser, *RP*, p. 403 noot 20.

³⁶ Gaius I, 54: *Ceterum cum apud cives Romanos duplex sit dominium (nam vel in bonis vel ex iure Quiritium vel ex utroque iure cuiusque servus esse intellegitur), ita demum servum in potestate domini esse dicemus, si in bonis eius sit, etiamsi simul ex iure Quiritium eiusdem non sit: Nam qui nudum ius Quiritium in servo habet, is potestatem habere non intellegitur*. Vgl. Ook Gaius, *Instituten* II, 40.

USUCAPIO A DOMINO EN ACTIO PUBLICIANA

Om dezelfde reden werkt de exceptie ook in het nadeel van de rechtsopvolgers van de verkoper, of zij hem nu onder algemene titel dan wel alleen voor deze zaak zijn opgevolgd.³⁷

Alleen in het onwaarschijnlijke geval waarin de bonitarisch eigenaar het bezit van de zaak buiten zijn wil kwijtraakt doordat iemand de zaak occupeert zou de Quiritisch eigenaar de zaak kunnen opeisen onder deze bezitter. De occupant is geen rechtsopvolger van de bonitarisch eigenaar en kan de revindicatie dus niet afweren. Dernburg betwijfelt of de Quiritisch eigenaar een dergelijk proces zou winnen.

‘Die Quellen billigen die exceptio rei venditae et traditae nur dem Abkäufer und dessen Rechtsnachfolgern zu. Hieraus lässt sich schliessen, dass der Veräußerer von Dritten, die nicht Rechtsnachfolger jenes Abkäufers waren, noch vindiciren durfte. Hierin kann man eine materielle Wirkung des ihm verbleibenden Eigenthumes finden. Es ist indessen die Beziehung, welche der gegenwärtige Besitz begründet, eine gewichtigere als die, welche ein Eigenthum herstellt, dessen sich der Eigenthümer entäusserte, und es bleibt die Frage, ob man nicht noch dem Besitzer, wenn der Fall vorgekommen wäre, durch exceptio doli geholfen hätte.’³⁸

Als de praetor de occupant door middel van een *exceptio doli* zou beschermen tegen de Quiritisch eigenaar zou het Quiritisch eigendomsrecht iedere denkbare bestaansreden ontberen. En zelfs als de Quiritisch eigenaar het proces van de occupant zou winnen zou de Quiritisch eigenaar door middel van de *actio Publiciana* gedwongen kunnen worden de zaak aan de bonitarische eigenaar of diens rechtsopvolgers af te staan. De Quiritische eigendom is daarom volgens Dernburg ‘problematisch und fruchtlos’:

‘Jedenfalls hätte der Veräußerer, welche eine derartige Vindikation durchgesetzt hätte, die Sache seinem Abkäufer oder dessen Rechtsnachfolger restituiren müssen. Jene denkbare Wirkung des dem Veräußerer zugeschriebenen Eigenthumes ist hiernach problematisch und fruchtlos. Die Rechtslage wird als kaum geändert wenn wir den Abkäufer als Eigenthümer ansehen.’³⁹

Het is waarschijnlijk dat de praetor de occupant door middel van een *exceptio doli* tegen de revindicatie van de Quiritisch eigenaar beschermt. De Quiritisch eigenaar hoeft de zaak weliswaar niet aan de occupant af te staan op grond van verbintenisrechtelijke verplichtingen en handelt in die zin niet doleus.⁴⁰ De Quiritisch eigenaar handelt ook niet doleus omdat hij de zaak wel aan de gewezen verjaringsbezitters *a domino* moet afstaan. Hij eist de zaak immers niet van de gewezen verjaringsbezitters op. De occupant zal door middel van een *exceptio doli* worden beschermd omdat de Quiritisch eigenaar zijn recht

³⁷ *Pari ratione venditoris etiam successoribus nocebit, sive in universum ius sive in eam dumtaxat rem successerint.*

³⁸ H. Dernburg, *Pandekten I*, p. 509 noot 12.

³⁹ H. Dernburg, *Pandekten I*, p. 509, noot 12.

⁴⁰ Vgl. D. 50, 17, 117, 3 en hierboven.

als gevolg van rechtsverwerking verloren heeft. De Quiritische eigendom is nutteloos. Zij is het gevolg van de procesrechtelijke functie van de praetor. Het laatste restje (zinledige) eigendom dat achterblijft bij degene die een *res Mancipi* heeft getradeerd kon de praetor niet vernietigen. Hij kon de verkrijger als baas van het procesrecht door verweermiddelen en rechtsvorderingen zoveel als mogelijk in de positie van eigenaar brengen. Directe eigendomsovergang kon hij niet bewerkstelligen. Daarvoor was wettelijk ingrijpen vereist. Justinianus heeft het onderscheid in *res Mancipi* en *res nec Mancipi* bij zijn grote wetgevingsproject opgeheven om een einde te maken aan ‘onnuttige dubbelzinnigheden’:

Omdat het ook volstrekt verouderd is dat zaken verdeeld worden in *res Mancipi* en *res nec Mancipi* en dit met recht afgeschaft behoort te worden, moet er zowel voor alle zaken als voor alle locaties een eenvormige ordening bestaan, onder opheffing van onnuttige dubbelzinnigheden en verschillen.⁴¹

Eén van de onnuttige dubbelzinnigheden is het onderscheid tussen Quiritische en bonitarische eigendom.⁴² In niet mis te verstane bewoordingen merkt Justinianus over dat onderscheid op:

Door deze beslissing bannen wij een belachelijk oude spitsvondigheid uit en dulden wij niet dat er enig verschil is tussen eigenaren bij wie ofwel de blote eigendom naar Quiritisch recht, ofwel alleen maar praetorisch eigendom wordt aangetroffen, omdat wij geen onderscheiding van dergelijke aard willen, noch de benaming naar ‘Quiritisch recht’, die in niets van een raadsel verschilt en nooit wordt gezien of in werkelijkheid verschijnt, maar een zinledige en overbodige uitdrukking is, waardoor de verschrikte geesten van de jongelui die naar de eerste colleges in het recht komen, nutteloze bepalingen van het oude recht leren vanaf de wieg van hun studie. Maar laat dus ieder gewoon volledig en wettig eigenaar zijn, hetzij van een slaaf hetzij van andere zaken die hem toebehoren.⁴³

Als gevolg van het afschaffen van het onderscheid tussen *res Mancipi* en *res nec Mancipi* kwam niet alleen een einde aan *duplex dominium*, maar ook aan de figuur van de *usucapio a domino*. Zij is in het Nederlandse wetboek van 1992 teruggekeerd.

⁴¹ CJ. 7,31,5. *Cum etiam res dividi Mancipi et nec Mancipi sane antiquum et merito antiquari oportet, sit et rebus et locis omnibus similis ordo, inutilibus ambiguitatibus et differentiis sublati.*

⁴² M. Kaser, *RP*, p. 261.

⁴³ CJ. 7,25 *Antiquae subtilitatis ludibrium per hanc decisionem expellentes nullam esse differentiam patimur inter dominos, apud quos vel nudum ex iure Quiritum vel tantummodo in bonis reperitur, quia nec huiusmodi esse volumus distinctionem nec ex iure Quiritum nomen, quod nihil aenigmate discrepat nec umquam videtur neque in rebus apparet, sed est vacuum et superfluum verbum, per quod animi iuvenum, qui ad primam veniunt legum audientiam, perterriti ex primis eorum cunabulis inutilis legis antiquae dispositiones accipiunt, sed sit plenissimus et legitimus quisque dominus sive servi sui sive aliarum rerum ad se pertinentium.*

Nederlands recht

Usucapio a non domino en *usucapio a domino*

De verkrijgende verjaring voor bezitters te goeder trouw is geregeld in artikel 3:99. Het eerste lid van dat artikel luidt voor zover relevant als volgt:

Rechten op roerende zaken die niet-registergoederen zijn, en rechten aan toonder of order worden door een bezitter te goeder trouw verkregen door een onafgebroken bezit van drie jaren, andere goederen door een onafgebroken bezit van tien jaren.

In dit artikel zijn zowel de *usucapio a non domino* als de *usucapio a domino* vervat. De rol die het artikel speelt is bescheiden. Voor wat betreft roerende zaken vervult artikel 3:99 de functie van achterwacht bij het derdenbeschermende artikel 3:86. Artikel 3:86 beschermt niet tegen beschikkingsonbevoegdheid als het bezit als gift of op grond van een vermeende titel is verschaft. In dergelijke gevallen biedt artikel 3:99 soelaas.⁴⁴ Als de *bona fide* verkrijger het bezit gedurende drie jaar houdt wordt hij eigenaar. Als gevolg van de vereiste goede trouw speelt artikel 3:99 voor registergoederen een nog beperkter rol.⁴⁵ Het ontwerp Meijers kende over bezit te goeder trouw van registergoederen de volgende bepaling:

Ten aanzien van het bezit van registergoederen bestaat geen goede trouw zonder inschrijving van een aan dat bezit beantwoordende titel van rechtsverkrijging in de daartoe bestemde openbare registers.

Deze bepaling is uiteindelijk geschrapt. De reden hiervoor is blijkens de MvA gelegen in het volgende: wanneer de woorden ‘een aan dat bezit beantwoordende titel van rechtsverkrijging’ te strikt zouden worden geïnterpreteerd zou verkrijgende verjaring nooit mogelijk zijn bij een deels onjuiste inschrijving. Verkrijging door verjaring zou dan steeds onmogelijk zijn wanneer de in de transportakte gebruikte kadastrale omschrijving niet overeenstemt met de juiste grens:

‘Er is geen reden om degene die tengevolge van een overdracht bezitter werd van een groter stuk grond dan waarover de vervreemder (in werkelijkheid) beschikkingsbevoegd was, een beroep op goede trouw en zo op de tienjarige verjaring te ontfeggen, indien raadpleging van de registers hem niet de juiste grenzen van de eigendom van de vervreemder zou hebben doen kennen en hij, ook al luidden de kadastrale gegevens wellicht anders, meende en mocht menen dat de ingeschreven titel hem recht gaf op het stuk grond zoals door hem in bezit genomen.’⁴⁶

⁴⁴ Vgl. TM bij art. 3.4.3.1. (art. 3:99), p. 408.

⁴⁵ Vgl. over goede trouw en registergoederen F. Brandsma, ‘Enige mededelingen over de verkrijgende verjaring van onroerend goed en de overschrijving’, in: *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* VI, 1989, p. 1-44 en J.E. Jansen, ‘Enige opmerkingen over levering en bezitsverschaffing van onroerende zaken’, in: *RMThemis*, 2008-I, p. 19-25.

⁴⁶ MvA bij art. 3.4.3.1 (art. 3:99), p. 410.

Artikel 3:99 maakt *usucapio a non domino* voor wat betreft registergoederen op beperkte wijze mogelijk. Wanneer de vervreemder in de registers als eigenaar staat vermeld, maar hij zijn tuin heeft vergroot is verkrijgende verjaring mogelijk van het stuk grond dat de vervreemder eigenhandig aan zijn tuin heeft toegevoegd. Daarnaast biedt artikel 3:99 ook bescherming wanneer de vervreemder beschikkingsbevoegd was maar de overdracht mislukt is omdat de levering is mislukt. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever deze bescherming alleen biedt wanneer de levering weliswaar mislukt is, maar er wel een inschrijving in de registers heeft plaatsgevonden:

‘Men denke b.v. aan het geval dat een verkoper ter uitvoering van een door hem gesloten onvoorwaardelijke verkoop van een woonhuis bij de gelegenheid van het opmaken en ondertekenen van de transportakte ten kantore van de notaris de koper ook reeds de feitelijke macht over het huis verschaft door overhandiging van de sleutels. De koper wordt dan op dat ogenblik onder die omstandigheden weliswaar wel bezitter doch geen eigenaar wegens het nog ontbreken van inschrijving van de transportakte in de daartoe bestemde openbare registers. Op dat ogenblik mist de koper vooralsnog ook goede trouw, omdat hij weet dat de voor rechtsovergang benodigde inschrijving op dat moment nog niet heeft plaatsgevonden. Indien de inschrijving ook vervolgens niet tot stand komt, moge het juist zijn dat deze koper wegens het ontbreken van goede trouw beroep op verjaring uit artikel 3.4.3.1. (art. 3:99) mist (...)’⁴⁷

Als op een later tijdstip alsnog een inschrijving in de registers plaatsvindt wordt de verkrijger met terugwerkende kracht als bezitter te goeder trouw aangemerkt:

‘Onder omstandigheden kan het zelfs gerechtvaardigd zijn de goede trouw terug te rekenen tot het tijdstip van de bezitsverkrijging. Zo b.v. wanneer de inschrijving van een akte strekkende tot overdracht van een registergoed, plaats vindt in aansluiting op de voorafgaande bezitsverschaffing van dat goed ter gelegenheid van het opmaken en ondertekenen van de akte.’⁴⁸

De oude *usucapio a domino* is terug. Zij repareert de overdracht van een registergoed die als gevolg van een leveringsgebrek is mislukt. Vervreemder en verkrijger moeten ten aanzien van dit leveringsgebrek te goeder trouw zijn. Wanneer de levering niet in de registers wordt ingeschreven is goede trouw blijkens de wetsgeschiedenis uitgesloten. Wanneer de notaris een ongeldige transportakte laat inschrijven is de verkrijger verjaringsbezitter *a domino*. Na tien jaar onafgebroken verjaringsbezit wordt hij eigenaar.

⁴⁷ MvA bij art. 3.5.14 (art. 3:120), p. 450. Vgl. hierover uitgebreid F. Brandsma, *Enige mededelingen*, p. 43.

⁴⁸ MvA bij art 3.5.12 (art. 3:118), p. 444-445.

Actio Publiciana

De *actio Publiciana* is in artikel 3:125 terecht gekomen.⁴⁹ Dat artikel luidt als volgt:

1. Hij die het bezit van een goed heeft gekregen, kan op grond van een daarna ingetreden bezitsverlies of bezitsstoornis tegen derden dezelfde rechtsvorderingen instellen tot terugverkrijging van het goed en tot opheffing van de stoornis, die de rechthebbende op het goed toekomen. Nochtans moeten deze rechtsvorderingen binnen een jaar na het verlies of de stoornis worden ingesteld.
2. De vordering wordt afgewezen, indien de gedaagde een beter recht dan de eiser tot het houden van het goed of tot het verrichten van de storende handeling heeft, tenzij de gedaagde met geweld of op heimelijke wijze aan de eiser het bezit heeft ontnomen of diens bezit heeft gestoord.
3. Het in dit artikel bepaalde laat voor de bezitter, ook nadat het in het eerste lid bedoelde jaar is verstreken, en voor de houder onverlet de mogelijkheid een vordering op grond van onrechtmatige daad in te stellen, indien daartoe gronden zijn.

Artikel 3:125 is de moderne *actio Publiciana*. Meijers merkt over de bezitsbescherming die artikel 3:125 biedt het volgende op:

‘De tweede wijze van bezitsbescherming daarentegen heeft het ontwerp gemeend in een afzonderlijke bepaling te moeten vastleggen. Aan een zodanige regeling bestaat ongetwijfeld behoefte. In die richting ging de Romeinsrechtelijke *actio Publiciana* en gaat thans artikel 618 B.W.’⁵⁰

Artikel 3:125 lijkt geen opvolger van de *actio Publiciana* te zijn. Het artikel beschermt immers iedere bezitter. Ook de bezitter te kwader trouw kan een beroep op artikel 3:125 doen. Toch moet dit artikel niet beschouwd worden als een algemene bezitsbeschermende bepaling vergelijkbaar met de Romeinsrechtelijke interdictenprocedures. Het Nederlandse recht kent naast artikel 3:99 in artikel 3:105 een andere vorm van verkrijgende verjaring die voor alle bezitters openstaat. Artikel 3:105 verheft degene tot eigenaar die een zaak bezit op het ogenblik dat de bevrijdende verjaring van de revindicatie verstrijkt. Of die bezitter te goeder of te kwader trouw is doet niet ter zake. Daarin is de reden gelegen dat ook de bezitter te kwader trouw een beroep op artikel 3:125 openstaat:

‘Daar ook voor de bezitter te kwader trouw een verjaring lopende is, verleent het artikel ook aan deze bezitter bescherming (...)’⁵¹

⁴⁹ Vgl. over artikel 3:125 F.A.J. Van der Ven, ‘Rooms-Overijssels recht’, in: *Groninger Opmerkingen en Mededelingen XX* (2003), p. 49-95, p. 82, en W.J. Zwolve, ‘Enige opmerkingen over 3.5.17. van het Ontwerp Burgerlijk Wetboek’, in: *WPNR* 5429 (1978), 216-219, p. 218.

⁵⁰ TM bij art. 3.5.17 (3:125), p. 456.

⁵¹ TM bij art. 3.5.17 (3:125), p. 457.

Om te voorkomen dat verjaringsbezitters tijdens de verjaringstermijn machteloos zijn worden hen dezelfde rechtsvorderingen toegekend die de rechthebbende in kan stellen.

‘Het artikel beschermt aldus de lopende verjaring; het verwerpt het stelsel volgens hetwelk de bezitter op de dag der voltooiing der verjaring een volledig recht verkrijgt, doch de dag daarvoor nog iedere bevoegdheid mist.’⁵²

Artikel 3:125 probeert de verjaringsbezitter zo veel als mogelijk in een goederenrechtelijke positie te brengen. De verjaringsbezitter kan daarom dezelfde rechtsvorderingen als de rechthebbende instellen. Artikel 3:125 geeft, precies zoals dat voor de *actio Publiciana* gold, de verjaringsbezitter het equivalent van de revindicatie.⁵³ De rechtsvordering van artikel 3:125 heeft meer goederenrechtelijke kenmerken. Zij werkt blijkens de Memorie van Antwoord ook wanneer degene tegen wie zij gericht wordt failliet is:

‘Voorts kan een op lid 1 van het onderhavige lid gegronde vordering tot terugverkrijging van het goed ook bij faillissement van de derde worden toegewezen, terwijl een vordering tot schadevergoeding, in welke vorm dan ook, slechts concurrent is.’⁵⁴

Wat hier gezegd wordt is raadselachtig. Wordt er geïmpliceerd dat (verjarings)bezit een recht is? Door te stellen dat de rechtsvordering van artikel 3:125 ook in faillissement geldt wordt de suggestie gewekt dat bezit een recht is met preferente werking. De bezitter verkeert dan evenals de pandhouder en de hypotheekhouder in een separatistenpositie: hij mag het faillissement van de bezitter negeren. Dergelijke gevolgtrekkingen gaan naar mijn smaak te ver. De bezitsactie van artikel 3:125 is gericht op herstel van een feitelijke toestand, zij is daarom ongevoelig voor faillissement. Bovendien kent het Nederlandse recht een gesloten stelsel van beperkte rechten, waar geen ruimte lijkt voor een beperkt recht van de verjaringsbezitter *a non domino* of van de verjaringsbezitter *a domino*.⁵⁵ Van de andere kant kan gezegd worden dat wanneer de verjaringsbezitter *a domino* dezelfde bescherming geniet die de *praetor* hem naar Romeins recht bood er weinig aan in de weg lijkt te staan aan te nemen dat de verjaringsbezitter *a domino* goederenrechtelijk gerechtigde is. Welke bescherming biedt artikel 3:125 de verjaringsbezitter?

⁵² TM bij art. 3.5.17 (3:125), p. 457.

⁵³ Pitlo-Reehuis, Heisterkamp, *Goederenrecht*, 12e druk, Deventer 2006, p. 347 ‘Zij is de revindicatie van de bezitter (..)’, J.H.A. Lokin, *Prota*, p. 166.

⁵⁴ MvA bij art. 3.5.17 (art. 3:125), p. 458.

⁵⁵ Vgl. art. 3:81 lid 1 en uitgebreid T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss.) Deventer 2007.

Artikel 3:125 en de verjaringsbezitter *a non domino*

In het tweede lid van artikel 3:125 is gemakkelijk de *exceptio iusti dominii* te herkennen. De vordering van de verjaringsbezitter wordt afgewezen wanneer de gedaagde een beter recht dan de eiser heeft. Zo'n geval zal zich voordoen wanneer de verjaringsbezitter *a non domino* het bezit van de zaak opeist van de eigenaar die toevallig weer in het bezit van de zaak is gekomen. Net als naar Romeins recht geldt daarom dat de verjaringsbezitter *a non domino* geen goederenrechtelijk recht heeft. Hij kan zijn rechtsvordering immers niet met succes tegen iedereen instellen. De vereiste absolute werking ontbreekt. Bovendien zet een opvolger onder bijzondere titel van de verjaringsbezitter *a non domino* een lopende verjaring alleen voort wanneer hij te goeder trouw is.⁵⁶ De verjaringsbezitter *a non domino* heeft dus geen goederenrechtelijk recht.

De bescherming die artikel 3:125 biedt is wat mij betreft een redelijk alternatief voor artikel 3:90 lid 2. Dat artikel wil degene aan wie door een beschikkingsonbevoegde c.p. is geleverd van derdenbescherming uitsluiten totdat feitelijke bezitsverschaffing volgt. Het artikel doet meer. In het artikel wordt aangenomen dat de door een beschikkingsonbevoegde verrichte levering c.p. ten opzichte van derden met oudere rechten 'niet werkt'.⁵⁷ Door middel van een *a contrario* redenering moet aangenomen worden dat de levering ten opzichte van anderen die geen oudere rechten op de zaak kunnen laten gelden wel werkt. Ten opzichte van oudere gerechtigden werkt de levering niet en mislukt daarom derdenbescherming. Hier is sprake van een modern geval van tweezijdige eigendom (*duplex dominium*). Ten opzichte van sommigen is de bezitter door derdenbescherming eigenaar geworden, terwijl tegelijkertijd de eigenaar als oudere gerechtigde eigenaar blijft. Twee eigenaren van dezelfde zaak. Een dergelijke situatie is zoals wij hierboven zagen onbevredigend, verwarrend en in strijd met de definitie van het eigendomsrecht in artikel 5:1. Zou het niet beter zijn degene aan wie door een beschikkingsonbevoegde c.p. is geleverd derdenbescherming te onthouden? Een dergelijke bezitter heeft geen goederenrechtelijk recht verworven, hij is verjaringsbezitter ex artikel 3:99. Wanneer hij drie jaar in het middellijk bezit van de zaak blijft verkrijgt hij langs de weg van artikel 3:99 de eigendom.⁵⁸ Zijn positie wordt door artikel 3:125 gewaarborgd. De 'revindicatie van de verjaringsbezitter' wordt afgewezen 'indien de

⁵⁶ Vgl. art. 3:102.

⁵⁷ De woorden 'werkt niet' geven aanleiding tot veel onduidelijkheid. Levering bestaat uit bezitsverschaffing. (art. 3:90) Bezitsverschaffing is een feitelijke kwestie die daarom slaagt of mislukt. Zij kan niet deels slagen en deels mislukken. Bedoeld is dat ten opzichte van oudere gerechtigden geen beroep kan worden gedaan op de overigens *geslaagde* levering. Een bezitter kan anders dan een beschikkingsonbevoegde houder c.p. (art. 3:111) het bezit van de zaak c.p. verschaffen. (art. 3:115 a). De woorden 'werkt niet' betekenen een relativisering en horen om die reden niet thuis in het goederenrecht. Vgl. verder art. 3:81 lid 3 en artikel 3:97 lid 2.

⁵⁸ Zie A.F. Salomons 'Brekebeentje gevloerd. Levering door constitutum possessorium door een beschikkingsonbevoegde bezitter en art. 3:90 lid 2 BW', in: *WPNR* 6097 (1993), p. 483-488.

gedaagde een beter recht dan de eiser tot het houden van het goed of tot het verrichten van de storende handeling heeft.’ De verjaringsbezitter kan geen goederenrechtelijk recht op de zaak laten gelden. Hij delft dus het onderspit tegen iedereen die dat wel kan: de eigenaar en beperkt gerechtigden. De verjaringsbezitter delft ook het onderspit tegen diegenen die een bevoorrechte vordering hebben. Zie bijvoorbeeld de artikelen 3:284 en 3:285. De voorrang die deze voorrechten met zich meebrengen eindigt blijkens deze artikelen wanneer iemand op een later tijdstip een ‘recht’ verkrijgt. Nu degene aan wie door een beschikkingsonbevoegde bezitter c.p. is geleverd geen recht verkrijgt blijft de voorrang behouden.⁵⁹

Artikel 3:125 en de verjaringsbezitter *a domino*

Artikel 3:125 is vanuit Romeinsrechtelijk oogpunt slecht uitgerust voor de *usucapio a domino*. Het artikel bevat noch de repliek van de verkochte en geleverde zaak, noch het verweermiddel van de verkochte en geleverde zaak. Artikel 3:125 onthoudt de verjaringsbezitter *a domino* de goederenrechtelijke bescherming tegen de eigenaar die de praetor bood. In de gevallen waarin de praetor de *usucapiens a domino* en diens opvolgers beschermde tegen de eigenaar en diens opvolgers staat de moderne verjaringsbezitter *a domino* met lege handen. Een voorbeeld:

A verkoopt zijn huis aan B. Door een fout van de notaris gaat de eigendom niet over op B. A en B zijn ten aanzien van dit leveringsgebrek te goeder trouw. B woont tot volle tevredenheid in het huis. Door een toeval ontdekt A dat de levering destijds mislukt is en dat hij dus eigenaar gebleven is. Tijdens B’s vakantie betreft A die een setje sleutels bewaard had opnieuw zijn oude huis.

B zal langs de weg van artikel 3:125 achter het net vissen. A zal de *exceptio iusti dominii* opwerpen. Nu artikel 3:125 niet in een *replicatio rei venditae et traditae* voorziet zal A het proces winnen. Hier zijn verschillende oplossingen mogelijk. De wetgever zou artikel 3:125 kunnen aanpassen. De wetgever zou de positie van de moderne verjaringsbezitter *a domino* naar het voorbeeld van de *usucapiens a domino* kunnen waarborgen. Deze oplossing is onwenselijk omdat zij, zoals wij hierboven zagen, tot een ongewenste en kunstmatige splitsing van eigendom leidt. Bovendien biedt ons goederenrechtelijk gesloten stelsel geen steun voor een niet in de wet genoemd goederenrechtelijk recht voor de verjaringsbezitter *a domino*. Kan de bescherming die de praetor de *usucapiens a domino* bood langs andere weg bereikt worden? De goederenrechtelijke bescherming die de praetor de *usucapiens a domino* bood was zoals wij zagen een gevolg van rechtsverwerking. Misschien zou de rechter in de hierboven geschetste casus aannemen

⁵⁹ Vgl. over deze materie F. Damsteegt-Molier, *Relativering van eigendom, een analyse aan de hand van de relativering van de levering c.p., de relatieve werking van de vernietiging op grond van de actio pauliana en van de blokkeringsregel bij beslag op roerende zaken* (diss.), Den Haag 2009.

dat A door zijn huis aan B te verkopen zijn recht heeft verwerkt om zich nog op zijn eigendomsrecht te beroepen? Of misschien neemt de rechter aan dat A door zich op zijn eigendomsrecht te beroepen misbruik van bevoegdheid maakt in de zin van artikel 3:13? De onzekerheid die de toepassing van deze beide leerstukken met zich brengt is in het goederenrecht onwenselijk.

Een verbintenisrechtelijke oplossing ligt voor de hand. Degene die er achter komt dat hij geen eigenaar geworden is als gevolg van een fout van de notaris moet de vervreemder aanspreken tot levering.⁶⁰ Zo verkrijgt hij alsnog de eigendom en wordt bovendien registervervuiling voorkomen. In het hierboven besproken geval biedt het verbintenisrecht een eenvoudige oplossing. B spreekt A uit hoofde van de tussen hen gesloten koopovereenkomst aan tot nakoming van de uit de koopovereenkomst voortvloeiende verplichting tot levering.⁶¹ Wanneer A aan deze verplichting voldoet verkrijgt B de eigendom en kan hij het huis als eigenaar van A opeisen. Toch heeft ook deze verbintenisrechtelijke oplossing nadelen. Ten eerste lijkt zij in te druisen tegen het rechtvaardigheidsgevoel. De verkoper die zonder daarbij geweld te gebruiken of heimelijk te handelen⁶² in het bezit van het huis treedt kan door de koper niet gedwongen worden het huis te verlaten. Niet langs de weg van artikel 3:125 (*actio Publiciana*) en niet langs de weg van artikel 5:2 (revindicatie). Pas als de koper de verkoper tot nakoming van de verplichting tot levering heeft weten te dwingen kan de koper het bezit met de revindicatie opeisen. Het tweede nadeel betreft het volgende. In de meeste gevallen zal de fout van de notaris partijen niet duidelijk worden. De koper denkt dan eigenaar te zijn, maar is het niet. Het Nederlandse recht laat de verjaringsbezitter *a domino* in dergelijke gevallen tien jaar ‘bungelen.’ Dat is naar mijn mening onnodig.

Er is een andere oplossing mogelijk. Verkrijgende verjaring is het resultaat van een belangenafweging.⁶³ Tegenover elkaar staan het belang van degene in wiens nadeel de verkrijging werkt en het belang van degene die een recht verkrijgt. De belangenafweging die een wetgever maakt bij het opstellen van regels omtrent verkrijgende verjaring is dezelfde die een wetgever maakt bij het opstellen van regels omtrent derdenbescherming. Ook bij derdenbescherming worden het belang van de eigenaar en dat van degene in

⁶⁰ De verkrijger kan de vervreemder ook langs de weg van artikel 6:162 io 6:103 tot levering dwingen. De contractuele weg ligt voor de hand omdat deze weinig bewijsproblemen met zich brengt.

⁶¹ Vgl. art. 7:9 lid 1 (voor zover relevant) De verkoper is verplicht de verkochte zaak met toebehoren in eigendom over te dragen en af te leveren.

⁶² Vgl. artikel 3:125 lid 2 slot.

⁶³ Pitlo-Reehuis, Heisterkamp, *Goederenrecht*, p. 292, ‘Zij (verkrijgende verjaring, JEJ) is het resultaat van de afweging van twee belangen: wat verdient bescherming, de rechtszekerheid betrokken bij de erkenning als rechtstoestand van een geruime tijd bestaande feitelijke toestand of het belang van de oorspronkelijk gerechtigde en diens rechtsopvolgers bij behoud van hun recht.’

wiens voordeel de verkrijging werkt (de derde) tegen elkaar afgewogen.⁶⁴ Het belang van degene in wiens nadeel verkrijging werkt weegt bij verkrijgende verjaring zwaarder dan bij derdenbescherming. Bij verkrijgende verjaring wordt degene in wiens nadeel de verkrijging werkt enige tijd gegund om de verkrijging te voorkomen. Die tijd krijgt de eigenaar bij derdenbescherming niet. Daar is eigendomsverkrijging direct, of anders gezegd is de verjaringstermijn nul. De derde moet daarom aan strenge eisen voldoen. Hij moet het bezit van de zaak verschaft hebben gekregen op grond van een geldige titel om baat en bovendien te goeder trouw zijn geweest ten aanzien van de beschikkingsonbevoegdheid van de *tradens*.⁶⁵ Ter bescherming van de eigenaar geldt bovendien, wanneer de zaak gestolen is, een vervaltermijn van drie jaar die begint te lopen vanaf de dag van de diefstal.⁶⁶ Wanneer de vervreemder beschikkingsonbevoegd is maar er daarnaast iets mis is met de titel kan de derde geen beroep op derdenbescherming doen. Het belang van de derde weegt dan niet zwaar genoeg om directe eigendomsverkrijging in het nadeel van de eigenaar te rechtvaardigen. De *bona fide* bezitter wordt in een dergelijk geval verjaringsbezitter. Na drie jaar verkrijgt hij eigendom. Spoort de eigenaar zijn zaak in de tussentijd op dan moet de verjaringsbezitter *a non domino* de zaak afgeven. Wanneer de bezitter te kwader trouw is weegt zijn belang weer wat minder zwaar. Het Nederlandse recht verheft ook de bezitter te kwader trouw uiteindelijk tot eigenaar. Voor deze bijzondere vorm van verkrijgende verjaring is bezit vereist op het tijdstip dat de bevrijdende verjaring van de revindicatie afloopt. Dat geeft de eigenaar twintig jaar en een dag de tijd.⁶⁷ Lukt hem binnen die tijd zijn zaak op te sporen dan kan hij de bezitter tot afgifte dwingen. Na een dusdanig lange periode is het gewicht van het belang van de eigenaar zozeer afgenomen dat zijn recht wijkt voor iedere bezitter.⁶⁸

Bij de *usucapio a domino* gaat dit alles niet op. Degene in wiens nadeel de verkrijging werkt heeft geen serieus te nemen belang dat afgewogen moet worden tegen het belang van de verjaringsbezitter *a domino*. Degene in wiens nadeel de eigendomsverkrijging werkt wil de eigendom aan de verjaringsbezitter *a domino* overdragen. Hij heeft geen behoefte aan tijd om de verkrijging te voorkomen. Artikel 3:99 geeft hem evenwel tien jaar. Gedurende die tien jaar liggen de feitelijke en de juridische situatie uiteen. Dat is onwenselijk en onnodig. Een toekomstige wetgever kan de gesignaleerde

⁶⁴ Pitlo-Reehuis, Heisterkamp, *Goederenrecht*, p. 131 'Bescherming van deze derde-verkrijger betekent echter dat de rechthebbende zijn recht met betrekking tot dat goed verloren ziet gaan. Bescherming zonder meer ligt dan ook niet voor de hand.' Vgl. over het belang van gewicht in het burgerlijk recht J.H. Nieuwenhuis 'Hoe is begrip van burgerlijk recht mogelijk? Drie voorstellen van voorstelling, ruimte, tijd, gewicht.' in: *RMThemis* 2007-6, p. 227-240.

⁶⁵ Art. 3:86 lid 1.

⁶⁶ Art. 3:86 lid 3. Vgl. 3^e NvW, PG InvW 3 p. 1225.

⁶⁷ Vgl. art. 3:306 io 3:314 lid 2.

⁶⁸ 'Het gaat hier niet om een sanctioneren van de kwade trouw, doch om het beginsel, dat na een zeker tijdsverloop het recht zich bij de feiten dient aan te sluiten.' *VVII*, p. 417.

onduidelijkheden beëindigen door een vorm van bescherming te introduceren die een als gevolg van een fout van de notaris mislukte overdracht van een registergoed direct repareert. Ik zou ervoor willen pleiten deze vorm van bescherming te geven door iedere overdracht te laten repareren die mislukt als gevolg van een fout van de notaris. Wanneer partijen de gang naar de notaris maken is het naar mijn mening gerechtvaardigd de verkrijger als te goeder trouw te beschouwen. Een bezitter is volgens artikel 3:118 te goeder trouw wanneer hij zich als rechthebbende beschouwt en zich redelijkerwijs als rechthebbende mag beschouwen. Uit de totstandkominggeschiedenis van het BW is gebleken dat bij registergoederen een inschrijving in de registers nodig is.⁶⁹ Het is weliswaar mogelijk te ontdekken dat de notaris niets heeft ingeschreven zodat de verkrijger in dergelijke gevallen kan weten dat hij geen eigenaar is geworden en dus te kwader trouw is. Deze beperkte opvatting van goede trouw strookt echter niet met de praktijk. Verkrijgers van registergoederen controleren in de praktijk niet of de notaris tot inschrijving is overgegaan. Zij gaan er vanuit dat de notaris zorg draagt voor deze inschrijving. Ook wanneer de notaris dit niet doet is de verkrijger naar mijn mening te goeder trouw.⁷⁰ De verkrijger van een onroerende zaak die er achter komt dat de levering als gevolg van een fout van de notaris is mislukt, is als gevolg van de hier bepleite bescherming toch eigenaar. Wanneer hij het bezit van de zaak kwijtraakt kan hij het met de revindicatie opeisen.⁷¹ Door een dergelijke bepaling zou de oeroude Romeinsrechtelijke figuur van de *usucapio a domino* worden teruggezet naar waar zij thuishoort, en waarheen Justinianus haar al eens heeft verbannen: de juridische Begriffs-himmel.⁷²

J.E. Jansen

Utrecht

⁶⁹ Vgl. hierboven noten 38 en 39. Bijvoorbeeld Asser-Van Dam c.s., *Goederenrecht, zakelijke rechten*, Deventer 2002, p. 212.

⁷⁰ Vgl. in gelijke zin voor *bona fide* bezit van erfdienstbaarheden, L.P.W. Van Vliet 'Verjaring en Erfdienstbaarheid', in: *NTBR* 2004, 38, p. 206-225, p. 207.

⁷¹ De registervervuiling die het gevolg is van deze zienswijze kan ondervangen worden door artikel 3:17 sub i uit te breiden. Dat artikel maakt het mogelijk het door verkrijgende verjaring verkregen recht dat op een registergoed rust in de registers in te schrijven. Artikel 3:17 sub i zou ook de mogelijkheid moeten bieden eigendomsverkrijging op grond van de hier bepleite derdenbescherming in te schrijven.

⁷² Vgl. de opmerkingen die Jan Lokin maakt in de *Repetita Praelectio* bij zijn *Prota*, p. IV, over de Romeinsrechtelijke variant van de fiduciaire zekerheidsoverdracht in het licht van het fiduciaverbod van artikel 3:84 lid 3.